

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

7. Jahrgang
Juni 1999
ISSN 1434-3460

11/1999

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1767 Abs. 2 a. F.; AdoptG Art. 12 §§ 1, 2, 3 - Erbrechtliche Wirkungen einer Adoption nach altem Recht/Überleitung in Minderjährigenadoption

GBBerG § 10 - Erlöschen eines Uraltgrundpfandrechts im Beitrittsgebiet durch Hinterlegung nach Grundbuchbereinigungsgesetz

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB §§ 275 Abs. 2, 283; ZPO § 894 - Unmöglichkeit der Auflassung nach Grundbucheintragung eines Dritten

GBO §§ 18, 77 - Erlaß einer Zwischenverfügung anstelle einer Antragszurückweisung

BNotO § 15 Abs. 2; FGG §§ 20, 27 -

Beschwerdeberechtigung des Pfändungsgläubigers im Notarbeschwerdeverfahren

BNotO § 23; BeurkG §§ 54 a ff.; BGB § 812 - Bereicherungsanspruch bei vorzeitiger Auszahlung vom Notar-anderkonto

HGB §§ 25 Abs. 1, 2 - Haftungsausschluß durch Register- eintragung bei Firmenfortführung

SachRBERG § 5 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 2 - Sachenrechtsbereinigung bei Nebengebäuden zu Eigenheim

Hinweise

Vollzogenes Schenkungsversprechen auf den Tod mit Überlebensbedingung (§ 2301 Abs. 2 BGB) bei Grundstücken

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1767 Abs. 2 a. F.; AdoptG Art. 12 §§ 1, 2, 3 Erbrechtliche Wirkungen einer Adoption nach altem Recht/Überleitung in Minderjährigenadoption

I. Sachverhalt

Die Ehegatten E beabsichtigen, ein gemeinschaftliches Testament zu errichten. Die Ehegatten haben im Jahre 1965 eine Tochter T adoptiert. **Nach dem Adoptionsvertrag ist das gesetzliche Erbrecht der Angenommenen** nach dem Erstversterbenden der Ehegatten **ausgeschlossen** worden. Die angenommene Tochter war **am 1.1.1977 noch minderjährig**. Keiner der Adoptionsbeteiligten hatte bis zum 31.12.1977 eine Widerspruchserklärung gem. Art. 12 § 2 AdoptG abgegeben.

Die Adoptivtochter leidet unter multipler Sklerose und wird selbst aller Voraussicht nach keine Abkömmlinge haben. Die Eheleute wollen sich nunmehr gegenseitig zu

alleinigen Vollerben einsetzen. Als alleinige Schlußerbin nach dem Längstlebenden soll die Adoptivtochter eingesetzt werden. Nähere Verwandte der Eheleute sind nicht vorhanden.

II. Frage

1. Ist der Ausschluß des gesetzlichen Erbrechts der Adoptivtochter nach dem Erstversterbenden der Ehegatten im Adoptionsvertrag ohne weiteres dadurch unwirksam geworden, daß seit dem 1.1.1978 auf das Annahmeverhältnis die Vorschriften über die Annahme Minderjähriger nach neuem Recht anzuwenden sind, und steht der Tochter demgemäß auch ein **Pflichtteilsrecht** nach dem erstversterbenden Adoptivelternteil zu?

2. Besteht eine Möglichkeit, daß die **früheren Verwandten der Adoptivtochter** deren gesetzliche Erben werden?

III. Rechtslage

1. Zur Adoption nach altem Recht

Die Adoption hatte nach altem Recht zur Folge, daß die Verwandtschaft des Angenommenen zur natürlichen Familie gem. § 1764 BGB a. F. bestehen blieb.

Gegenüber dem bzw. den Annehmenden erwarb der Angenommene zwar die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes (§ 1757 BGB a. F.), d. h. es entstand ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem bzw. den Annehmenden und dem Angenommenen. Die Annehmenden erwarben jedoch **kein Erb- und Pflichtteilsrecht** nach dem Angenommenen, § 1759 BGB a. F. Die Annehmenden konnten dafür gem. § 1767 Abs. 1 BGB a. F. das gesetzliche Erbrecht des Kindes gegenüber den Annehmenden ausschließen (vgl. dazu bereits ausführlich Gutachten **DNotI-Report 1999, 11, 12**).

Gleiches galt für einen Ausschluß des gesetzlichen Pflichtteilsrechts (vgl. Schnitzerling, MDR 1960, 894, 895; Schramm, BWNotZ 1962, 40, 41; Diestelkamp, NJW 1965, 2041, 2043 m. w. N.; Kemp, DNotZ 1976, 646, 648 f.).

2. Inkrafttreten des AdoptG

Anders als in dem in **DNotI-Report 1999, 11 ff.** veröffentlichten Gutachten war im vorliegenden Fall die Angenommene zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des AdoptG vom 2.7.1976 **am 1.1.1977 noch minderjährig**.

Einschlägig ist daher im vorliegenden Fall nicht die Übergangsbestimmung des Art. 12 § 1 AdoptG, sondern sind die Regelungen in Art. 12 §§ 2, 3 AdoptG (BGBl. 1976 I, S. 1749). Diese lauten – soweit hier von Bedeutung – wie folgt:

“§ 2 [Minderjährigenadoption; Erklärungsrechte]

(1) Ist der nach den bisher geltenden Vorschriften an Kindes Statt Angenommene im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes minderjährig, so werden auf das Annahmeverhältnis bis zum 31.12.1977 die bisher geltenden Vorschriften über die Annahme an Kindes Statt angewandt.

(2) Nach Ablauf der in Abs. 1 bestimmten Frist werden auf das Annahmeverhältnis die Vorschriften dieses Gesetzes über die Annahme Minderjähriger angewandt; § 1 Abs. 2 – 4 gilt entsprechend; die in § 1762 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung dieses Gesetzes bezeichneten Fristen beginnen frühestens mit dem Tag, an dem auf das Annahmeverhältnis die Vorschriften dieses Gesetzes anzuwenden sind. Das gilt nicht, wenn ein Annehmender, das Kind, ein leiblicher Elternteil eines ehelichen Kindes oder die Mutter eines nichtehelichen Kindes erklärt, daß die Vorschriften dieses Gesetzes über die Annahme Minderjähriger nicht angewandt werden sollen. (...)

(3) Die Erklärung nach Abs. 2 S. 2 kann nur bis zum Ablauf der in Abs. 1 bestimmten Frist gegenüber dem AG Schöneberg in Berlin–Schöneberg abgegeben werden (...)

§ 3 [Wirkungen der Erklärung nach § 2]

(1) Wird eine Erklärung nach § 2 Abs. 2 S. 2 abgegeben, so werden auf das Annahmeverhältnis nach Ablauf der in § 2 Abs. 1 bestimmten Frist die Vorschriften dieses Gesetzes über die Annahme Volljähriger angewandt.

(2) Die Vorschriften des § 1 Abs. 2 – 5 und des § 2 Abs. 2 S. 1 Hs. 3 werden entsprechend angewandt. (...)

Wurde folglich – wie hier – **bis zum 31.12.1977 keine gegenteilige Erklärung eines Adoptionsbeteiligten abgegeben**, so sind zum 1.1.1978 für das

Annahmeverhältnis die **Regelwirkungen der Minderjährigenadoption (§§ 1754 ff. BGB n. F.) eingetreten** (mit gewissen Ausnahmen nach § 2 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 AdoptG). **Aus der ursprünglichen Adoption mit schwachen Wirkungen wurde daher eine solche mit starken Wirkungen (Volladoption).**

Wurde dagegen eine wirksame Erklärung eines Adoptionsbeteiligten gegenüber dem AG Schöneberg abgegeben, dann wurde die Minderjährigenadoption zum 1.1.1978 in eine Volljährigenadoption nach neuem Recht (Adoption mit schwachen Wirkungen) übergeleitet. In diesem Fall ist nach Art. 12 § 3 Abs. 2 AdoptG die Vorschrift des Art. 12 § 1 Abs. 5 AdoptG anwendbar, d. h. der Ausschluß des Erbrechts bzw. Pflichtteilsrechts, der nach § 1767 Abs. 2 BGB a. F. erfolgt war, blieb somit wirksam.

Im Umkehrschluß läßt sich hieraus herleiten, daß im Falle einer “regelmäßigen” Überleitung der Minderjährigenadoption in eine Volljährigenadoption neuen Rechts (= Fall des Art. 12 § 2 AdoptG) der **Ausschluß des gesetzlichen Erbrechts oder Pflichtteilsrechts** nach § 1767 Abs. 2 BGB a. F. **mit Ablauf des 31.12.1977 seine Wirksamkeit verloren hat**. Auch die vorliegende Literatur geht einhellig davon aus, daß Art. 12 § 1 Abs. 5 AdoptG für diese Fälle mangels ausdrücklicher Verweisung in Art. 12 § 2 AdoptG **nicht** anwendbar ist (MünchKomm-Lüderitz, BGB, 3. Aufl. 1992, vor § 1741 Rn. 58; Staudinger/Frank, BGB, 12. Aufl. 1992, Vorbem. zu §§ 1741 ff. Rn. 60; RGRK-Dickescheid, BGB, 12. Aufl. 1986, vor § 1741 Rn. 28; Kemp, DNotZ 1976, 646, 650 f.).

Diese gesetzliche Regelung ist durchaus als problematisch anzusehen (vgl. Staudinger/Frank, Vorbem. zu §§ 1741 ff. Rn. 60). Dies gilt u. E. aber nicht nur hinsichtlich der Nichtanwendbarkeit des Art. 12 § 1 Abs. 5 AdoptG, sondern bereits für die Grundentscheidung des Gesetzgebers, alle nach altem Recht bereits bestehenden Annahmeverhältnisse grundsätzlich in eine Minderjährigenadoption neuen Rechts überzuführen, soweit der Angenommene zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des AdoptG noch nicht volljährig war.

Zu der Grundentscheidung des Art. 12 § 2 Abs. 1 AdoptG finden sich in der amtlichen Begründung (BT-Drucks. 7/3061, 70) folgende Ausführungen: “Mit dem Grundsatz, daß das Vertrauen der Beteiligten in den Bestand eines von ihnen begründeten Rechtsverhältnisses möglichst geschützt werden soll (...), wäre es nicht vereinbar, wenn ohne Einwilligung der Betroffenen eine mit schwachen Wirkungen ausgestattete Annahme an Kindes Statt zu einer Volladoption nach neuem Recht erstarken würde. Andererseits wird es in der überwiegenden Zahl der Fälle den Interessen aller Beteiligten entsprechen, wenn dieser Übergang vollzogen wird, ohne daß das Annahmeverfahren wiederholt werden muß. Art. 12 § 2 sieht eine Übergangsregelung vor, die den Übergang erleichtert, gleichzeitig jedoch die Entscheidungsfreiheit aller Beteiligten grundsätzlich wahrt.”

Man wird u. E. gegen die Überleitung der nach altem Recht begründeten Annahmeverhältnisse in Adoptionsverhältnisse mit starken Wirkungen nicht einwenden können, daß es sich hierbei um eine untragbare

Entscheidung des Gesetzgebers handelt. Denn aufgrund der Widerspruchsmöglichkeit nach Art. 12 § 2 Abs. 2 AdoptG stand es jedem Adoptionsbeteiligten frei, einer Überführung des Annahmeverhältnisses in eine Volladoption zu widersprechen.

Was die Nichtgeltung des Art. 12 § 1 Abs. 5 AdoptG für die regelmäßig übergeleiteten Minderjährigenadoptionen betrifft, so darf u. E. nicht allein auf die Sicht der Annehmenden abgestellt werden, sondern es sind insoweit auch die Belange des beteiligten Kindes zu berücksichtigen. Die Überleitung des Annahmeverhältnisses in eine Adoption mit starken Wirkungen hatte zur Folge, daß die Verwandtschaftsverhältnisse des Kindes zu seinen bisherigen Verwandten und die sich aus diesen ergebenden Rechte und Pflichten zum 1.1.1978 erloschen sind. Das Kind wurde folglich durch die Volladoption aus seinen bisherigen Familienbindungen gelöst, **verlor damit auch seine gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsansprüche gegenüber den leiblichen Verwandten (sowie umgekehrt)**. Hätte der Gesetzgeber demgemäß den im Annahmevertrag erfolgten Ausschluß des gesetzlichen Erbrechts oder Pflichtteilsrechts über den 1.1.1978 hinaus perpetuiert, hätte das angenommene Kind zwar seine erbrechtlichen Ansprüche gegenüber den leiblichen Verwandten verloren, wäre aber in der neuen Familie – zumindest gegenüber den Eltern – nicht erb- bzw. pflichtteilsberechtigt gewesen. Ziel der Überleitung des Annahmeverhältnisses in ein solches mit starken Wirkungen war es aber gerade, das Kind vollständig in die neue Familie zu integrieren, wozu das Bestehen gegenseitiger Unterhalts-, aber auch Erbsprüche gehört.

In diesem Zusammenhang bleibt im übrigen zu berücksichtigen, daß sich der Ausschluß des gesetzlichen Erb- bzw. Pflichtteilsrechts im Annahmevertrag nach § 1767 Abs. 2 BGB a. F. in erster Linie dadurch legitimierte, daß das Kind infolge der Annahme nach altem Recht seine Erb- und Pflichtteilsansprüche gegenüber den leiblichen Verwandten behielt und so insb. die Möglichkeit bestand, daß die Adoptiveltern zunächst vom Kind und anschließend von dessen leiblichen Verwandten beerbt würden, das Vermögen der Adoptiveltern also in familienfremde Hände abwandert (vgl. OLG Celle NJW 1963, 1881; Diestelkamp, NJW 1965, 2041, 2042). Auch diese "Gefahr" wurde aber mit dem Erlöschen der verwandtschaftlichen Beziehungen zu den leiblichen Verwandten nach dem neuen Recht beseitigt.

3. Ergebnis

Da der Ausschluß des gesetzlichen Pflichtteilsrechts der Adoptivtochter mit der Überleitung des Annahmeverhältnisses in eine Volladoption zum 1.1.1978 ohne weiteres unwirksam geworden ist, stehen der Adoptivtochter gegenüber ihren Adoptiveltern und deren Verwandten (sowie umgekehrt) Erb- und Pflichtteilsansprüche zu. Wird die Adoptivtochter infolge der gegenseitigen Vollerbeneinsetzung der Ehegatten auf den ersten Erbfall enterbt, kann sie folglich gem. § 2303 BGB Pflichtteilsansprüche am Nachlaß des erstversterbenden Adoptivelternteils geltend machen.

Die Überleitung des nach altem Recht begründeten Annahmeverhältnisses in eine Volladoption führte aber dazu, daß das Verwandtschaftsverhältnis zu den leiblichen Verwandten der Adoptivtochter zum 1.1.1978 erloschen

ist (sofern sich nicht aus §§ 1755 Abs. 2, 1756 BGB ausnahmsweise etwas anderes ergibt). Gesetzliche Erben der Adoptivtochter würden daher im Falle ihres Versterbens nicht die ehemals leiblichen Verwandten, sondern die Verwandten der Adoptiveltern.

GBBerG § 10 Erlöschen eines Uraltgrundpfandrechts im Beitrittsgebiet durch Hinterlegung nach Grundbuchbereinigungsgesetz

I. Sachverhalt

Bei einem Grundbesitz im Bezirk Fürstenwalde Brandenburg sind mehrere Hypotheken im Betrag von 500,- Goldmark bis 1.300,- Goldmark eingetragen; die Bewilligungen stammen aus den Jahren 1930 und 1931. Der Eigentümer ist daran interessiert, diese Grundpfandrechte zur Löschung zu bringen. Der Gläubiger ist verschollen. Der Eigentümer kann auch keinerlei Angaben darüber machen, ob und ggf. wann diese Hypothekendarlehen zurückgezahlt worden sind.

II. Frage

Können die Hypotheken gelöscht werden, ohne daß der Gläubiger eine Löschungsbewilligung erteilt? Dabei soll das Aufgebotsverfahren nach §§ 1170, 1171 BGB nicht zur Anwendung kommen.

III. Rechtslage

In den **neuen Bundesländern** steht den Grundstückseigentümern in Gestalt des § 10 GBBerG eine ohne Mitwirkung des Hypothekengläubigers durchsetzbare Ablösungsmöglichkeit für bestimmte Grundpfandrechte zur Verfügung.

a) Von dieser Vorschrift werden alle Grundpfandrechte an Grundstücken im Beitrittsgebiet erfaßt, bezüglich derer **Antrag auf Grundbucheintragung vor dem 1.7.1990** gestellt wurde. Die Wertgrenze beträgt DM 10.000,-, so daß bei einem Umstellungsverhältnis von 1 : 2 (dies folgt aus § 2 HypAbIV, §§ 1 - 3 GBBerG) Grundpfandrechte mit einem **Nennbetrag** bis zu einschließlich 20.000,- Reichsmark (RM), 20.000,- Goldmark (GM), 20.000,- Mark der DDR (M) oder 20.000,- Deutsche Mark der Deutschen Notenbank (MDN) durch Ablösung zum Erlöschen gebracht werden können. Das Verfahren nach § 10 GBBerG setzt **nicht** voraus, daß der Gläubiger oder sein Aufenthalt unbekannt ist (KG VIZ 1996, 483 = DNotZ 1996, 561 = Rpfleger 1996, 283; Böhringer, Rpfleger 1995, 139, 140; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 2773; Krauß, in: Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. 1997, A IX Rn. 173).

b) **Zu hinterlegen** ist der zur Abgeltung allfälliger Zinsen **um ein Drittel erhöhte, in DM umgerechnete Nennbetrag** des Grundpfandrechts. Die Hinterlegung hat unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme (§ 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB) zugunsten des "jeweiligen Gläubigers" zu erfolgen und setzt keinen Annahmeverzug des Gläubigers voraus (Krauß, a. a. O., Rn. 174). Die Hinterlegung erfolgt in der Regel beim Amtsgericht des belasteten Grundstücks.

c) Dem Eigentümer ist durch die Hinterlegungsstelle ein Hinterlegungsschein in der Form des § 29 GBO zu erteilen. Folge der Ablösung ist nicht die Entstehung von Eigentümerrechten, sondern das **Erlöschen** des Rechts, so daß das Grundbuch unrichtig wird und aufgrund Unrichtigkeitsnachweises in Gestalt des Hinterlegungsscheins und formlosen Antrags des Eigentümers gem. § 13 GBO berichtigt werden kann (§ 22 GBO). Ein etwa erteilter Hypothekenbrief wird kraftlos, und zwar ohne Aufgebotsverfahren nach § 1162 BGB und ohne Feststellungsverfahren nach § 26 GBMaßnG. Bezüglich des kraftlos gewordenen Briefes hat allerdings entsprechend § 26 Abs. 3 GBMaßnG eine Bekanntmachung zu erfolgen (§ 10 Abs. 4 GBBerG). Die Veröffentlichungskosten fallen dem Antragsteller zur Last (Krauß, a. a. O., Rn. 176).

d) Zu beachten ist, daß § 10 Abs. 3 GBBerG dem Eigentümer das Recht einräumt, den die geschuldete Forderung übersteigenden Teil des Hinterlegungsbetrages vom Gläubiger zu verlangen. Wenn auf der Grundlage des § 10 GBBerG im Rahmen eines Kaufvertrages ein Altrecht gelöscht werden soll, wird der zu hinterlegende Betrag in aller Regel aus dem Kaufpreis beglichen. Es wäre dann ungerecht, wenn der Käufer als neuer Eigentümer sich auf diese Weise gleichsam einen Teil des Kaufpreises zurückholen könnte. Die Rechte aus § 10 Abs. 3 GBBerG sollten deshalb im Kaufvertrag an den Verkäufer abgetreten werden (Krauß, a. a. O., Rn. 177 mit Formulierungsbeispiel).

Gutachten im Faxabruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** - Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2/1997). Ein Inhaltsverzeichnis findet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

Bitte beachten Sie: Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb **nicht** die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

BGB §§ 913, 914 Abs. 2 S. 2
Verzicht auf Überbaurente bei Aufteilung des überbauten und des überbauenden Grundstücks in Wohnungseigentum
Fax-Abruf-Nr.: **11046**

BGB §§ 180, 1113, 1191
Grundschuldbestellung durch vollmachtlosen Vertreter
Fax-Abruf-Nr.: **11047**

GBO § 29; ZPO § 415
Zulässigkeit eines behördlichen Siegels im Computerausdruck
Fax-Abruf-Nr.: **11048**

HGB § 230; GmbHG §§ 53, 55
Stimmbindungsvertrag mit einem Nichtgesellschafter einer GmbH anlässlich dessen Beteiligung als stiller Gesellschafter; Stimmbindungsvertrag zum Zwecke der Aufnahme des stillen Gesellschafters als

Gesellschafter der GmbH
Fax-Abruf-Nr.: **1345**

EGBGB Art. 234 § 4; BGB § 1408
Güterstandswechsel bei FGB-Güterstand
Fax-Abruf-Nr.: **1616**

StrWG-MV §§ 2 Abs. 2, 18, 19, 20, 66; Art. 126 EGBGB; Art. 74 Nr. 1 GG
Eigentumsverhältnisse an einer öffentlichen Straße in Mecklenburg-Vorpommern
Fax-Abruf-Nr.: **11049**

Rechtsprechung

BGB §§ 275 Abs. 2, 283; ZPO § 894
Unmöglichkeit der Auflassung nach Grundbucheintragung eines Dritten

a) **Einer Verurteilung zur Auflassung steht der Gesichtspunkt der Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung nur dann nicht entgegen, wenn der Schuldner im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Grundbuch noch als Eigentümer eingetragen ist.**

b) **Ist das Eigentum im Grundbuch auf einen Dritten umgeschrieben, muß der Gläubiger, der vom nicht mehr berechtigten Schuldner gleichwohl Auflassung verlangt, darlegen und beweisen, daß diese Wirksamkeit erlangen wird.**

BGH, Versäumnisurteil vom 26.3.1999 – V ZR 368/97
Kz.: L I 1 - § 275 BGB
Fax-Abruf-Nr.: **804**

Problem
Bodenreformland wurde veräußert und der Erwerber als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Nach Art. 233 § 12 EGBGB "besser Berechtigte" klagten gegen die veräußernden Eigentümer auf Auflassung.

Entscheidung
Die Veräußerer konnten nur dann zur Leistung verurteilt werden, wenn ihnen diese noch möglich war. Die bloße Veräußerung bewirkt dabei nach der ständigen Rechtsprechung des BGH nur dann Unmöglichkeit, wenn feststeht, daß der Schuldner die Verfügungsmacht nicht mehr erlangen kann. Berufet sich der Gläubiger auf Unmöglichkeit (etwa bei einer Klage auf Schadensersatz), so ist die Unmöglichkeit durch die Weiterveräußerung indiziert, sofern der Schuldner nicht darlegt, daß er trotzdem zur Erfüllung willens und in der Lage ist. Klagt der Gläubiger hingegen auf Erfüllung, so muß der Schuldner die Unmöglichkeit beweisen, wenn er sich darauf beruft. Andernfalls steht dem Gläubiger die Möglichkeit offen, aufgrund des auf Leistung lautenden Urteils nach § 283 BGB durch Setzung einer angemessenen Frist auf vereinfachtem Wege zu Schadensersatz zu gelangen.

Beim **Anspruch auf Auflassung** besteht die Besonderheit, daß die geschuldete Erklärung mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt (§ 894 ZPO) und damit ein **Vorgehen nach § 283 BGB ausscheidet**. Damit kann der Schuldner zur Abgabe der Auflassung nur

dann verurteilt werden, wenn er zum Zeitpunkt der letztmündlichen Verhandlung noch im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Andernfalls muß der Gläubiger darlegen, daß der Schuldner trotz fehlender Grundbucheintragung wirksam über das Grundstück verfügen kann – sei es gemäß § 185 BGB oder gemäß §§ 883 Abs. 2, 888 BGB aufgrund einer für den Gläubiger eingetragenen Vormerkung.

GB0 §§ 18, 77
Erlaß einer Zwischenverfügung anstelle einer Antragszurückweisung

1. Das mit einer Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Eintragungsantrags befaßte Landgericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob anstelle der Antragszurückweisung eine Zwischenverfügung (§ 18 GBO) zu erlassen ist.

2. Hat das Grundbuchamt den Urkundsnotar durch formlose Verfügung auf ein Eintragungshindernis mit der Anheimgabe hingewiesen, den Antrag zurückzunehmen, rechtfertigt die mit der Bitte um eine rechtsmittelfähige Entscheidung verbundene Weigerung des Notars, das Hindernis zu beheben, es nicht, von dem Erlaß einer Zwischenverfügung abzusehen.

OLG Hamm, Beschl. v. 30.3.1998 – 15 W 106/98
Kz.: L II 3 - § 18 GBO
Fax-Abruf-Nr.: 805

Problem

Aufgrund einer notariell beurkundeten **Erteilsübertragung** wollten die Beteiligten das **Grundbuch berichtigen** lassen. Das Grundbuchamt wies den Antrag zurück, da im Grundbuch noch der verstorbene Erblasser eingetragen war. Das Grundbuch konnte daher nur dergestalt berichtigt werden, daß gleichzeitig alle Miterben eingetragen wurden, da diese in Gesamthand Eigentümer sind.

Entscheidung

Das OLG Hamm hielt es für ermessensfehlerhaft, daß das Grundbuchamt nicht zunächst eine Zwischenverfügung erließ, um zeitnah die erforderliche Berichtigung auch für den anderen Miterben zu veranlassen, da diesbezüglich **bereits ein Erbschein beantragt** war und deshalb mit einer zeitnahen Herbeiführung der Voreintragung gerechnet werden konnte. Auch der vom Grundbuchamt weiter bemängelte **fehlende Vollmachtsnachweis** für einen durch Notariatsangestellte in Vertretung der Beteiligten erklärten Urkundsnachtrag hätte nicht zu einer Zurückweisung, sondern lediglich zu einer Zwischenverfügung mit der Aufforderung zu einem formgerechten Vollmachtsnachweis führen dürfen.

BNotO § 15 Abs. 2; FGG §§ 20, 27
Beschwerdeberechtigung des Pfändungsgläubigers im Notarbeschwerdeverfahren

Ein Pfändungsgläubiger, der die Pfändung der Kaufpreisforderung aus einem Grundstückskaufvertrag erst nach Erlaß der Beschwerdeentscheidung des Landgerichts ausbringt, ist im Notarbeschwerdeverfahren nach § 15 BNotO betreffend die Auszahlung des beim Notar verwahrten Kaufpreises zur Einlegung der weiteren Beschwerde berechtigt. Das gilt jedenfalls bei einer – wie hier – unbefristeten Beschwerde auch dann, wenn die Pfändung erst nach Einlegung der weiteren Beschwerde bewirkt wird.

KG, Beschl. v. 16.3.1999 – 1 W 6452/98
Kz.: L III 1 - § 15 Abs. 2 BNotO
Fax-Abruf-Nr.: 806

Problem

In Rechtsprechung und Literatur ist allgemein anerkannt, daß bei der Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto der Zessionar oder Pfändungsgläubiger der Kaufpreisforderung gegen Entscheidungen des verwahrenden Notars über die Auszahlung Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO einlegen kann (BayObLG FGPrax 1997, 240; OLG Frankfurt DNotI-Report 1998, 80 = FGPrax 1998, 79; OLG Hamm OLGZ 1994, 115; Haug, DNotZ 1992, 18, 23; derselbe, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. 1997, Rn. 726; Hertel, ZNotP 1998, Beilage 3/1998, 11; Kawohl, Notaranderkonto, 1995, Rn. 108 und 110 ff.; Sandkühler, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 3. Aufl. 1996, § 23 Rn. 143).

Entscheidung

Hier ging es lediglich um die Frage, ob der Pfändungsgläubiger die weitere Beschwerde auch dann noch einlegen kann, wenn seine **Pfändung erst nach Erlaß der Beschwerdeentscheidung wirksam** wurde – weil erst dann die erforderliche Doppelpfändung auch der Kaufpreisforderung (BGHZ 105, 60 = DNotZ 1989, 235) erfolgte. Das Kammergericht bejahte dies jedenfalls für den ihm vorgelegten Fall, da es sich um eine **unbefristete Beschwerde** handelte. Denn dann hätte der Pfändungsgläubiger auch noch zunächst Beschwerde einlegen können und dagegen dann weitere Beschwerde.

BNotO § 23; BeurkG §§ 54 a ff.; BGB § 812
Bereicherungsanspruch bei vorzeitiger Auszahlung vom Notaranderkonto

Dem Notar steht gegen einen Zessionar der Kaufpreisforderung bei einer vorzeitigen Auszahlung vom Notaranderkonto kein Bereicherungsanspruch zu, wenn dem Zessionar das Fehlen der Auszahlungsvoraussetzung nicht bekannt war. (Leitsatz des Bearbeiters)

OLG Stuttgart, Urt. v. 29.9.1998 – 12 U 66/98
Kz.: L III 1 - § 23 BNotO
Fax-Abruf-Nr.: 807

Problem

Bei der Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto sollte vom Gesamtkaufpreis von 374.000,- DM ein Teil von 50.000,- DM erst ausbezahlt werden, soweit die Kaufvertragsparteien dem Notar schriftlich mitteilten, daß bestimmte Wohnungen mietfrei an den Käufer übergeben

wurden. Versehentlich zahlte der verwahrende Notar jedoch auch diesen Teilbetrag zugleich mit dem übrigen Kaufpreis an einen Zessionar der Kaufpreisforderung aus, obwohl die Bestätigung der Kaufvertragsparteien noch fehlte. Mit einem Bereicherungsanspruch wollte der Notar die 50.000,- DM vom Zessionar zurückfordern.

Entscheidung

Das OLG Stuttgart lehnte die Direktkondition des Notars ab. Es ging vom Grundsatz aus, daß sich der **Bereicherungsausgleich im Mehrpersonenverhältnis** grundsätzlich in den jeweiligen Leistungsverhältnissen vollzieht. Eine Direktkondition sei nur dann zuzulassen, wenn der Zahlungsempfänger bei Empfang der Zahlung das Fehlen einer wirksamen Anweisung oder den Widerruf der Anweisung kannte – oder wenn er mit dem ihm überwiesenen Betrag nicht rechnen konnte und er von einer irrtümlichen Zuvielzahlung aufgrund der gegebenen Umstände überzeugt sein mußte.

Im vorliegenden Fall lag eine wirksame Anweisung auch hinsichtlich des Restbetrages von 50.000,- DM vor. Es handelt sich also nur um einen Fall der “Zuvielüberweisung” (bzw. der “Zufrühüberweisung”). Der Notar konnte seine Behauptung nicht beweisen, daß der Zahlungsempfänger Kenntnis von der eingeschränkten Anweisung hatte. Damit war eine Direktkondition nicht möglich.

Die Entscheidung bestätigt und präzisiert die bisherige Rechtsprechung zu Bereicherungsansprüchen bei Auszahlungsfehlern des Notars (vgl. BGHZ 88, 232 = NJW 1984, 483; OLG Koblenz DNotZ 1988, 653; KG OLG-Report 1994, 230; KG DNotI-Report 1998, 100; LG Düsseldorf MittRhNotK 1994, 78; vgl. auch Gruber, DNotZ 1989, 658; Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. 1997, Rn. 727 ff.; Lieb, DNotZ 1984, 655).

HGB §§ 25 Abs. 1, 2 Haftungsausschluß durch Registereintragung bei Firmenfortführung

Der Annahme einer Firmenfortführung im Sinne des § 25 Abs. 1 HGB steht nicht entgegen, daß die Firma der das Unternehmen übertragenden Gesellschaft fortbesteht.

Eine Firmenfortführung kann auch dann zu bejahen sein, wenn neben der Weiterführung des Vor- und Familiennamens des bisherigen Geschäftsinhabers eine Veränderung der Bezeichnung des Geschäftszweigs vorgenommen wird, deren erkennbare Bedeutung sich auf eine der tatsächlichen Geschäftstätigkeit entsprechende Konkretisierung beschränkt.

Die Eintragung eines Haftungsausschlusses gem. § 25 Abs. 2 HGB kann auch dann noch erfolgen, wenn nach unverzüglicher Anmeldung die Eintragung zunächst zu Unrecht abgelehnt worden ist und im Beschwerdewege 5 Monate nach der Anmeldung vorgenommen wird.

OLG Hamm, Beschl. v. 17.9.1998 – 15 W 297/98
Kz.: L V 2 - § 25 HGB
Fax-Abruf-Nr.: 808

Problem

Eine schon seit mehreren Jahren im Handelsregister eingetragene GmbH & Co. KG hatte unter Änderung ihrer Firma und ihres Unternehmensgegenstandes nunmehr als F. K. Agrartechnik GmbH & Co. KG von der F. K. Maschinenfabrik GmbH & Co. KG wesentliche Unternehmensteile übernommen. Die F. K. Maschinenfabrik GmbH & Co. KG blieb als vollkaufmännisches Handelsgewerbe daneben bestehen.

Das Gericht hatte nicht über die Zulässigkeit der Firmenfortführung nach § 22 HGB zu entscheiden. Auch die Frage, ob eine Haftung des Erwerbers wegen Firmenfortführung nach § 25 Abs. 1 HGB gegeben war, mußte das OLG Hamm nicht abschließend beurteilen. Das Urteil betrifft nur die Frage, ob die **Voraussetzungen für die Eintragung eines Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB** im konkreten Fall vorlagen.

Entscheidung

Voraussetzung für die Eintragung eines Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB ist nach Ansicht des OLG nur, daß die **Bejahung der Haftungsvoraussetzung nach § 25 Abs. 1 HGB zumindest ernsthaft in Betracht kommt**. Da der Tatbestand des § 25 Abs. 1 HGB nicht deckungsgleich mit der Zulässigkeit der Firmenfortführung nach § 22 Abs. 1 HGB ist, ließ das Gericht hier die Übernahme des Handelsgeschäftes in seinem wesentlichen Kern genügen, auch wenn die ursprüngliche Firma als vollkaufmännisches Handelsgewerbe fortgeführt wurde. Dabei sei ausreichend, daß nur der Kern der alten und der neuen Firma sich gleichen.

SachRBerG § 5 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 2 Sachenrechtsbereinigung bei Nebengebäuden zu Eigenheim

Errichtet ein Nutzer auf einem Grundstück, an dem ihm kein Nutzungsrecht verliehen worden ist, Baulichkeiten, die in engem funktionalen und wirtschaftlichen Zusammenhang mit einem Gebäude stehen, das der Nutzer auf einem Nachbargrundstück errichtet hat, für das ihm ein Nutzungsrecht verliehen worden ist, so können diese Baulichkeiten unter dem Gesichtspunkt des § 5 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 2 **SachRBerG Ansprüche nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz rechtfertigen**.

BGH, Urt. v. 12.3.1999 - V ZR 143/98
Kz.: L VI 10 - § 5 SachRBerG
Fax-Abruf-Nr.: 809

Problem

Dem Kläger hatte eine LPG 1980 auf einem Flurstück ein Nutzungsrecht zum Bau eines Eigenheims verliehen. Das Eigenheim wurde auf dem Flurstück errichtet. Auf dem Nachbarflurstück, für das kein Nutzungsrecht verliehen wurde, errichtete der Kläger eine Klärgrube zur Entsorgung der auf dem Hausanwesen anfallenden Abwasser sowie eine den Weg zum Dorf abkürzende Treppe und eine Gartenmauer. Es war nun fraglich, ob diese Nebenanlagen der Sachenrechtsbereinigung unterliegen und dementsprechend ein Ankaufsrecht des

Klägers begründen.

Entscheidung

Der BGH bejaht die Frage. Als Rechtsgrundlage für das Ankaufsrecht kommt § 5 Abs. 1 Nr. 3 SachRBerG in Betracht. Der BGH weist darauf hin, daß die in § 5 SachRBerG genannten Regelbeispiele nicht abschließend seien. Diese Fallbeispiele seien zum Teil durch weitere Voraussetzungen gekennzeichnet, die zu der bloßen staatlichen Billigung von Baumaßnahmen hinzutreten müßten. Entscheidend sei darüber hinausgehend, ob **bei wertender Betrachtung der Fall einem der Regelbeispiele gleichzustellen sei** oder aus sonstigen Gründen **nach den Zielsetzungen der Sachenrechtsbereinigung seinem Schutzzweck unterfalle**. Das bejaht der BGH hier. Hinsichtlich der Baulichkeiten auf dem Nachbargrundstück fehle es an einer Nutzungsrechtsverleihung. Die nicht in Formen des DDR-Rechts abgesicherte Baumaßnahme stehe aber im engen Zusammenhang mit der durch ein Nutzungsrecht gedeckten Errichtung des Eigenheims auf der Nachbarparzelle. Es sei daher gerechtfertigt, diese Anlagen genauso zu behandeln wie das Eigenheim. Dafür spreche auch, daß anderenfalls wirtschaftliche Werte zerschlagen würden.

Hinweise für die Praxis

Vollzogenes Schenkungsversprechen auf den Tod mit Überlebensbedingung (§ 2301 Abs. 2 BGB) bei Grundstücken

Im Gutachtendienst des DNotI ist die Frage aufgetreten, wann bei einem Schenkungsversprechen auf den Tod, das unter der Bedingung erfolgt ist, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, von einem "Vollzug" i. S. des § 2301 Abs. 2 BGB ausgegangen werden kann.

In meinem Aufsatz über "Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Tod" in BWNtZ 1996, 129, 131 und ZNotP 1998, 143, 147 habe ich ausgeführt, beim Leistungsvollzug eines Schenkungsversprechens mit Überlebensbedingung gem. § 2301 Abs. 2 BGB bzgl. eines Grundstücks müsse nach der Erforderlichkeits- oder Erfüllungstheorie mindestens entweder Auflassung und Grundbucheintragung des Erwerbers **oder Auflassung und Eintragung einer Eigentumserwerbsvormerkung für den Erwerber** vorliegen. Wie aus einer Anfrage an das DNotI hervorgeht, wird letzteres zum Teil mit der Begründung bestritten, es werde zwar durch die Auflassung mit eingetragener Vormerkung ein Anwartschaftsrecht begründet, die Vormerkung dürfe aber überhaupt nicht in das Grundbuch eingetragen werden, da durch die Abgabe des Schenkungsversprechens von Todes wegen noch kein sicherbarer schuldrechtlicher Grundstücksübertragungsanspruch vorliege, vielmehr bis zum Vollzug der Auflassung im Grundbuch wegen § 2301 Abs. 1 BGB lediglich eine erbrechtliche Chance gegeben sei (so erstmals und in dieser Deutlichkeit in der Literatur allein Liessem, MittRhNotK 1988, 31 ohne Beleg, dem sich Staudinger/Kanzleiter, BGB, 13. Aufl., § 2301 Rn. 24 angeschlossen hat). In der weiteren Literatur erklärt *M. Schmidt* (Erman, BGB, 9. Aufl., § 2301 Rn. 10) eindeutig, durch Auflassung plus Vormerkung sei ein Vollzug i. S. des § 2301 Abs. 2 BGB gegeben. Auch *Musiak*

(MünchKomm, BGB, 3. Aufl., § 2301 Rn. 26) sieht durch beides ein unentziehbares Anwartschaftsrecht gegeben, schränkt dies allerdings durch die Bemerkung ein, "daß ein Schenkungsversprechen i. S. von § 2301 Abs. 1 BGB allein dem Beschenkten noch keine Rechtsstellung gibt, die durch Vormerkung gesichert werden könnte".

Dies ist richtig, wenn allein ein Schenkungsversprechen gem. § 2301 Abs. 1 BGB und ein Antrag auf Eintragung einer Vormerkung vorliegen. Die Vormerkung darf dann nicht eingetragen werden, da wegen § 2301 Abs. 1 BGB statt eines sicherbaren schuldrechtlichen Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung lediglich eine Aussicht auf Rechtserwerb von Todes wegen vorliegt (BGHZ 12, 115; Palandt/Bassenge, BGB, 58. Aufl. 1999, § 883 Rn. 19). **Hier hat der Schenker aber mehr getan.** Er hat das Grundstück an den Beschenkten in nach § 873 Abs. 2 BGB unwiderruflicher Weise und gem. § 925 Abs. 2 BGB zwingend bedingungslos aufgelassen (§§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB). Die bloße Auflassung ohne Vormerkung schafft bereits gegenüber dem Veräußerer eine gesicherte Rechtsposition, die den Erwerber sogar zur Weiterveräußerung ermächtigt (Palandt/Bassenge, § 925 Rn. 23). *M. Wolf* (Soergel, BGB, 12. Aufl., § 2301 Rn. 19) sieht daher bereits in der bloßen Auflassung ohne Vormerkungseintragung eine vollzogene Schenkung i. S. des § 2301 Abs. 2 BGB. Folgt man dem, ist ein schuldrechtlicher Übertragungsanspruch gegeben, der durch Vormerkung sicherbar ist. Aber auch wenn man für den Vollzug i. S. des § 2301 Abs. 2 BGB die Begründung eines Anwartschaftsrechts verlangt, das nach der Rspr. (BGHZ 83, 395; BGH DB 84, 713; OLG Hamm NJW 1975, 879) Auflassung und entweder Vollzugsantrag des Erwerbers oder Eintragung einer Vormerkung erfordert, ist durch das Vorliegen der Auflassung die Position des Erwerbers so weit verfestigt, daß sie die Grundlage für die Eintragung der Vormerkung, die auch für künftige und bedingte Ansprüche zulässig ist (§ 883 Abs. 1 S. 2 BGB) (Palandt/Bassenge, § 883 Rn. 15 ff.), bildet, insbesondere, da im Moment ihrer Eintragung der Leistungserfolg auf jeden Fall eintritt, der Anspruch somit im Werden ist. Ich bleibe daher bei der in meinem Aufsatz vertretenen Meinung.

Dr. Heinrich Nieder, Notariatsdirektor a. D.

Literaturhinweise

Münchener Vertragshandbuch, Band IV, 1. und 2. Halbband, C. H. Beck, München, 4. Aufl. 1998, je DM 218,- (Gesamtpreis bei Abnahme aller sechs Bände DM 1228,-)

Das wohl in fast jedem Notariat verwendete Münchener Vertragshandbuch ist nunmehr in 4. Auflage vollständig. Die in der Neuauflage vorgenommenen **deutlichen Erweiterungen** sieht man auch am Umfang: Der erste Halbband des vierten Bandes ist um gut 200, der zweite um gut 100 Seiten dicker ausgefallen. So wurde etwa der Teil über Immobilienveräußerungen (Bearbeiter *Langenfeld*) für Immobilien im **Beitrittsgebiet** um Muster zum SachRBerG ergänzt sowie hinsichtlich der Zession von Rückübertragungsansprüchen nach dem VermG erweitert (Bearbeiter *Keith*). Beim Bauträgervertrag waren gegenüber der Voraufgabe wichtige **Änderungen der MaBV** einzuarbeiten; der Beitrag von *F. Schmidt* stellt auch in der Neuauflage eine ausgezeichnete

Kurzdarstellung des Bauträgerrechts dar. Im 2. Halbband wurden die Muster zum Erbbaurecht aus der bewährten Feder von *Winkler* um Muster nach dem SachRBERG ergänzt; beim Wohnungseigentum finden sich nun erstmals Muster zur Unterteilung einer Eigentumswohnung, zur Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum und umgekehrt, zur Aufhebung von Sondereigentum mit Übertragung von Miteigentumsanteilen sowie zum Verwaltervertrag und zur Vollmacht (*F. Schmidt*). In dem von *Langenfeld* bearbeiteten Familienrecht war vor allem die **Kindschaftsrechtsreform** einzuarbeiten; erstmals findet sich auch das Muster einer **Betreuungsverfügung**. Der erbrechtliche Teil von *Nieder* wurde um ein **Behindertentestament** ergänzt. Die nunmehr abgeschlossene Neuauflage bietet daher Anlaß, die eigenen Vertragsmuster einmal zu überprüfen und zu ergänzen.

Notar a. D. Christian Hertel

H. Bruchner, Bankenhaftung bei fremdfinanziertem Immobilienerwerb, WM 1999, 825

R. Fuellmich/S. Rieger, Treuhandmodelle als Quelle für Massenschäden in Milliardenhöhe, ZIP 1999, 427, 465

J. Gruber, Kommunale Gebäude auf privatem Grund und Boden - Zuordnung von Gebäudeeigentum nach § 459 DDR-ZGB, VIZ 1999, 129

B. Meyding/A. Heidinger, Notarielle Belehrungspflichten bei der GmbH-Gründung, ZNotP 1999, 190

W. Riering, Der Erb- und Pflichtteilsverzicht im islamischen Rechtskreis, ZEV 1998, 455

G. Volk, "Amtsnachfolge" im Notariat und arbeitsrechtliche Konsequenzen, NotBZ 1999, 73

J. Watzek, Vor- und Nachvermächtnis, MittRhNotK 1999, 37

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 3 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter <http://www.dnoti.de>.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax: 09 31/3 55 76-225
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: <http://www.dnoti.de>

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Druck:

Schimmel Offset Druckcenter GmbH + Co KG,
Postfach 9444, 97094 Würzburg.